

CGR-OJ- 030 de 2018
80112 -

Bogotá D.C.,

Contraloría General de la República :: SGD 07-03-2018 08:26
Al Contestar Cite Este No.: 2018EE0028383 Fol:3 Anex:0 FA:0
ORIGEN 80112-OFICINA JURÍDICA / IVAN DARIO GUAJQUE TORRES
DESTINO HERMANN CAMACHO TORRES / EMPUAMAZONAS
ASUNTO CONCEPTO SOBRE INHABILIDADES EN CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES
OBS

2018EE0028383



Señor
HERMANN CAMACHO TORRES
hcamachot@hcting.com

Referencia: Radicado Interno 2018ER0005896 y 2018-131308-82111-CO
Tema: INHABILIDADES EN CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES.-
BOLETÍN DE RESPONSABLES FISCALES.

Respetado señor Camacho:

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República -CGR-, recibió la consulta referenciada¹, la cual, se procede a responder a continuación:

1. Antecedentes.

El peticionario formula los siguientes interrogantes:

1. Es procedente y legal que una persona que ha sido declarada responsable fiscal, pueda actuar como representante legal en algún tipo de asociación como consorcio o unión temporal, para participar en procesos de contratación estatal?
2. Esta circunstancia configuraría alguna causal de inhabilidad o impedimento para representar legalmente algún tipo de asociación de las antes mencionadas?
3. Cuáles riesgos correrían los consorcios o las uniones temporales, en los que dicha persona fuera el representante legal?

2. Alcance del concepto y competencia de la Oficina Jurídica.

Los conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica de la Contraloría General de la República, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares.

¹ Se trata de un derecho de petición en la modalidad de consulta, para el cual la ley ha fijado un término de respuesta de treinta (30) días (artículos 13 y 14 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015)

En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución², ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal.

Por lo anterior, la competencia de la Oficina Jurídica para absolver consultas se limita a aquellas que formulen las dependencias internas de la Contraloría General de la República, los empleados de las mismas y las entidades vigiladas *"sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación de la Contraloría General"*³, así como las formuladas por las contralorías territoriales *"respecto de la vigilancia de la gestión fiscal y las demás materias en que deban actuar en armonía con la Contraloría General"*⁴ y las presentadas por la ciudadanía respecto de *"las consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República"*⁵.

En este orden, mediante su expedición se busca *"orientar a las dependencias de la Contraloría General de la República en la correcta aplicación de las normas que rigen para la vigilancia de la gestión fiscal"*⁶ y *"asesorar jurídicamente a las entidades que ejercen el control fiscal en el nivel territorial y a los sujetos pasivos de vigilancia cuando éstos lo soliciten"*⁷.

Se aclara que no todos nuestros conceptos implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República, porque de conformidad con el artículo 43, numeral 16 del Decreto Ley 267 de 2000⁸, ésta calidad solo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas y con la(s) dependencia(s) implicada(s).

3. Precedente doctrinal de la Oficina Jurídica.

Se indica al peticionario que esta Oficina ha emitido pronunciamientos relacionados con las inhabilidades en contratación administrativa, por vía de ejemplo, se encuentra el EE19928 del 4 de abril de 2006.

En relación con el boletín de responsables fiscales, entre otros, está el Concepto 2015EE0138121 del 27 de octubre de 2015. Los precitados y otros conceptos de diversos temas, se pueden consultar en la página de la CGR a través del aplicativo SINOR (Normatividad) - Conceptos.

² República de Colombia, Art. 28, Ley 1755 de 2015.

³ República de Colombia, Art. 43, numeral 4 del Decreto Ley 267 de 2000.

⁴ República de Colombia, Art. 43, numeral 5 del Decreto Ley 267 de 2000.

⁵ República de Colombia, Art. 43, numeral 12 del Decreto Ley 267 de 2000.

⁶ República de Colombia, Art. 43, numeral 11 del Decreto Ley 267 de 2000.

⁷ República de Colombia, Art. 43, numeral 14 del Decreto Ley 267 de 2000.

⁸ República de Colombia, Decreto Ley 267 de 2000, artículo 43. Oficina Jurídica. Son funciones de la Oficina Jurídica: (...)

16. Coordinar con las dependencias la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República en todas aquellas materias que por su importancia ameriten dicho pronunciamiento o por implicar una nueva postura de naturaleza jurídica de cualquier orden.

4. Consideraciones Jurídicas.

De conformidad con el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, los consorcios y las uniones temporales se definen de la siguiente manera:

“Artículo 7º.- De los Consorcios y Uniones Temporales. Para los efectos de esta Ley se entiende por:

1. Consorcio: cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.
2. Unión Temporal: cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal. (...).”

A partir de las normas, se puede inferir que en ninguno de los dos eventos se constituye una persona jurídica, se trata de una asociación de personas para la consecución de un fin común. En este sentido, el Consejo de Estado⁹, se ha pronunciado en los siguientes términos:

“En estas condiciones, los consorcios y, después de la ley 80 de 1993, las uniones temporales, son un conjunto de personas naturales o jurídicas que comparten un objetivo común, responden solidariamente por las obligaciones derivadas de la adjudicación y del contrato y no constituyen una persona jurídica distinta de sus integrantes, quienes mantienen su personalidad individual, sin perjuicio de que para efectos de la contratación designen un único representante”.

Ahora se procede a analizar qué sucede cuando uno de los miembros de un consorcio o una unión temporal, es declarado responsable fiscal entendiendo por esto aquel en quien han concurrido una conducta dolosa o culposa en ejercicio de una gestión fiscal o con ocasión de esta con la cual generó un daño patrimonial al estado, existiendo conexidad entre ambos y en consecuencia se profirió el respectivo fallo con responsabilidad fiscal y este quedó en firme y ejecutoriado.

Uno de los efectos de la declaratoria de responsabilidad fiscal es la inclusión en el boletín que publica la Contraloría General de la República, así lo dispone el artículo 60 de la Ley 610 de 2000, por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías, que a la letra dice:

⁹ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera. Rad. 50422-23-31-000-1994-0467-01(15321). C. P. Dr. Ricardo Hoyos Duque. Bogotá D.C., 13 de mayo de 2004.

“Artículo 60. Boletín de responsables fiscales. La Contraloría General de la República publicará con periodicidad trimestral un boletín que contendrá los nombres de las personas naturales o jurídicas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal en firme y ejecutoriado y no hayan satisfecho la obligación contenida en él.

Para efecto de lo anterior, las contralorías territoriales deberán informar a la Contraloría General de la República, en la forma y términos que esta establezca, la relación de las personas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal, así como de las que hubieren acreditado el pago correspondiente, de los fallos que hubieren sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y de las revocaciones directas que hayan proferido, para incluir o retirar sus nombres del boletín, según el caso.

El incumplimiento de esta obligación será causal de mala conducta. Los representantes legales, así como los nominadores y demás funcionarios competentes, deberán abstenerse de nombrar, dar posesión o celebrar cualquier tipo de contrato con quienes aparezcan en el boletín de responsables, so pena de incurrir en causal de mala conducta, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley 190 de 1995. Para cumplir con esta obligación, en el evento de no contar con esta publicación, los servidores públicos consultarán a la Contraloría General de la República sobre la inclusión de los futuros funcionarios o contratistas en el boletín”.

Otra consecuencia de la declaratoria de responsabilidad fiscal consiste en estar incurso en una de las inhabilidades expresamente consagradas en la ley para contratar, es así como el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, dispone lo siguiente:

“Artículo 8. De las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar:

10. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

- a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes
- b) Quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.
- c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad (...)

Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d), e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.

La expresión "Concurso" fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007. (...)"

En consonancia con este precepto legal se encuentra el parágrafo 1 del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, que dispone lo siguiente:

“Artículo 38. Otras inhabilidades. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes: (...)”

Parágrafo 1º. Quien haya sido declarado responsable fiscalmente será inhábil para el ejercicio de cargos públicos y para contratar con el Estado durante los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente. Esta inhabilidad cesará cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago o, si este no fuere procedente, cuando la Contraloría General de la República excluya al responsable del boletín de responsables fiscales.

Si pasados cinco años desde la ejecutoria de la providencia, quien haya sido declarado responsable fiscalmente no hubiere pagado la suma establecida en el fallo ni hubiere sido excluido del boletín de responsables fiscales, continuará siendo inhábil por cinco años si la cuantía, al momento de la declaración de responsabilidad fiscal, fuere superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por dos años si la cuantía fuere superior a 50 sin exceder de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por un año si la cuantía fuere superior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes sin exceder de 50, y por tres meses si la cuantía fuere igual o inferior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...)”.

En el caso puntual de las uniones temporales y los consorcios, basta con que alguno de sus miembros haya sido declarado responsable fiscal para que no se pueda contratar con la asociación. Colombia Compra Eficiente, lo expone en los siguientes términos:

“4.4. Miembros de un consorcio o de una unión temporal. A diferencia de las sociedades anónimas abiertas, una entidad pública no puede celebrar un contrato con un consorcio, en el cual uno de los miembros se encuentra inhabilitado, debido a que tanto el consorcio como la unión temporal son figuras de contratación que no constituyen una persona diferente a los miembros que la conforman. El artículo 7º de la Ley 80 de 1993 establece que las actuaciones de las personas que conforman el consorcio afectan al mismo, como sucede con la inhabilidad que sobrevenga en uno de ellos. Sin embargo, para declarar la caducidad de un contrato por la inhabilidad de alguna de las personas que conforman el consorcio o la unión temporal, es preciso determinar previamente si se trata de sociedades de personas o de acciones o si se constituyeron con objeto único y la determinación concreta de los efectos de la solidaridad pactada, debido a que control sobre los ingresos y calidades de las personas varía”¹⁰.

Cuando se contrata con una persona incurso en una causal de inhabilidad, puede suceder lo siguiente:

Los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993, disponen que:

“Artículo 44. De las Causales de Nulidad Absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

¹⁰Colombia Compra Eficiente. Síntesis normativa y jurisprudencia en contratación. <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sintesis/4-etapa-precontractual-inhabilidades-e-incompatibilidades-para-celebrar-contratos-estatal-0>. 16/02/18.10:00 am.

- 1o. Se celebren con personas incurras en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;
- 2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal. (...)

Artículo 45. De la Nulidad Absoluta La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación.

En los casos previstos en los numerales 1o. 2o. y 4o. del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre”.

A su vez el artículo 61 de la Ley 610 de 2000, señala que:

“Artículo 61. Caducidad del contrato estatal. Cuando en un proceso de responsabilidad fiscal un contratista sea declarado responsable, las contralorías solicitarán a la autoridad administrativa correspondiente que declare la caducidad del contrato, siempre que no haya expirado el plazo para su ejecución y no se encuentre liquidado”.

5. Conclusiones.

De lo anteriormente expuesto, se puede concluir que tratándose de consorcios y uniones temporales al no ser personas jurídicas, sino la sumatoria de sus miembros, cuando alguno de ellos incurre en una inhabilidad esta irradia a la actividad de la asociación.

Para el caso en particular, cuando uno de los miembros es declarado responsable fiscal, a la luz de la normatividad vigente aplicable, esto constituye una inhabilidad para contratar.

Por último, cuando se adelanta una contratación con una persona sobre la cual recae una inhabilidad tendrá lugar una nulidad absoluta y podrá declararse la caducidad del contrato.

Cordialmente,



IVÁN DARIÓ GUAUQUE TORRES
Director Oficina Jurídica

Proyectó: Erika Cure 
Revisó: Pedro Pablo Padilla Castro
Radicado: 2018ER0005896 y 2018-134308-82111-CO
TRD. 80112-033 – Conceptos Jurídicos. Conceptos Jurídicos.